

# Produção de leis criminais e racionalidade penal moderna: Uma análise da distinção 'conservador' x 'progressista' no caso da criação da lei contra a tortura no Brasil<sup>1</sup>

**Mariana Thorstensen Possas**

*Professora da UFBA*

Este artigo trata da relação entre o posicionamento político-ideológico e o sistema de direito criminal no processo de produção de leis penais. Por meio da análise do processo de elaboração da lei contra a tortura no Brasil (1997), constata-se que distinções como "conservador" x "progressista", usadas para qualificar as escolhas em matéria de direito penal, são variáveis quando se trata de avaliar crimes "comuns" e crimes "contra a humanidade", como a tortura. Do ponto de vista mais amplo, o que está sendo analisado é a reprodução pela prática política de um sistema de ideias também reproduzido pelo direito penal – a racionalidade penal moderna.

**Palavras-chave:** racionalidade penal moderna, conservador, progressista, sistema político, teoria dos sistemas

The article Production of Criminal Laws and Modern Penal Rationale: An Analysis of the Distinction Between 'Conservative' and 'Progressivist' in the Creation of the Law Against Torture in Brazil addresses the relationship between ideological-political stance and the criminal law system in the production of criminal laws. Through an analysis of the development process of the anti-torture law in Brazil (1997) it was found that distinctions such as "conservative" vs. "progressivist", used to qualify the choices made in relation to criminal law, are variable when dealing with the assessment of "common" crimes and crimes "against humanity", such as torture. From the broadest point of view, what is being analyzed is reproduction by political practice of a system of ideas also reproduced by criminal law – the modern penal rationale.

**Keywords:** modern penal rationale, conservative, progressivist, political system, systems theory

## Introdução

Recebido em: 27/11/2014

Aprovado em: 08/04/2015

A questão colocada neste artigo diz respeito a saber se faz sentido a utilização das distinções/oposições direita x esquerda ou conservador x progressista para indicar as tomadas de posição política em relação às penas atribuídas a crimes. O argumento desenvolvido aqui é que essa distinção não é pertinente para categorizar as opiniões políticas sobre sanções criminais. Cada lado da distinção é utilizado para expressar um ponto de vista diferente quanto às penas (por exemplo, valorização da pena de prisão x valorização de penas alternativas à prisão). No entanto, dependendo do crime em debate, aqueles (atores) que se identificam ao lado progressista da distinção podem adotar a posição inversa, e passar a valorizar as penas de prisão, enquanto os descritos como conservadores passam a valorizar a redução (do uso) das penas de prisão.

<sup>1</sup> Este artigo se baseia em conclusões de minha tese de doutorado, em criminologia, realizada na Universidade de Ottawa, Canadá, entre 2003 e 2009.

Minha tese (POSSAS, 2009) teve como objetivo problematizar certas questões deixadas um pouco de lado na sociologia da punição e que dizem respeito ao papel das *ideias* sobre a pena nas decisões legislativas (criação de leis em matéria criminal). A partir daquela análise e de um olhar baseado na teoria dos sistemas de Luhmann (1995[1984]; 2007[1997]), afirmo que tanto o *sistema jurídico* quanto o *sistema político* constroem seus pontos de vista sobre a pena à partir da seleção de algumas ideias que influenciam e até mesmo determinam suas decisões. Este texto propõe justamente uma reflexão sobre como o sistema político – aqui epitomado pelo posicionamento político-ideológico dos atores – faz uso de algumas dessas ideias no âmbito da criação legislativa.

Para realizar essa observação, escolhi o caso do processo parlamentar de criação da lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, a chamada lei contra a tortura no Brasil. Para tanto, na tese realizei 28 entrevistas semidiretivas e semiestruturadas, sendo 20 com políticos envolvidos direta ou indiretamente no processo de criação da lei (15 deputados federais, três senadores e dois ex-ministros da Justiça) e oito com militantes de direitos humanos dedicados à questão da tortura no país. Além das entrevistas, consultei: 1) documentos parlamentares (debates na Câmara dos Deputados e no Senado, relatórios das comissões temáticas e projetos de lei abordando o tema da tortura); 2) documentos da mídia (artigos de jornal e revistas de grande circulação); e 3) textos da doutrina do direito sobre o tema “lei contra a tortura”. Este artigo se concentra na análise das entrevistas.

## **Alguns aspectos da teoria dos sistemas comunicacionais**

Um dos pontos de partida da teoria dos sistemas consiste em uma inversão na ordem de primazia teórica entre as categorias “ação” e “comunicação” como elemento de base dos sistemas sociais (LUHMANN, 1995[1984]; STICHWEH, 2000; MOELLER, 2006). Com efeito, a grande maioria das perspectivas teóricas em sociologia privilegia a categoria “ação” e somente eventualmente e secundariamente utiliza a “comunicação”. A teoria dos sistemas faz o inverso. Assim, por exemplo, se eu pago um café sem trocar uma única palavra com a pessoa que estava

no caixa, isso não será descrito como antes de tudo uma ação, mas como uma forma de comunicação e, mais especificamente, uma comunicação do “sistema econômico” (MOELLER, 2006, pp. 6-7). Da mesma maneira, os pensamentos daquela pessoa e os meus são descritos por essa teoria como operações do sistema psíquico e não como operações dos sistemas sociais. Estes últimos são sistemas de *comunicação*<sup>2</sup>.

Outro ponto chave é a distinção diretriz *sistema x ambiente*. Ela forma uma unidade que está na base da teoria. Luhmann retoma a (e desenvolve seu pensamento a partir da) instrução de Spencer Brown para a observação: “draw a distinction” (1982[1971], p. 4). Nessa distinção, o ambiente é uma parte constitutiva da distinção central e portanto não menos importante para o sistema que o sistema em si. Nela, vemos representada, de um lado, a ideia de que cada sistema se forma se diferenciando de seu ambiente e, de outro lado, a ideia de que o sociólogo deve indicar o que se encontra no ambiente da sociedade e também como a sociedade se diferencia ela mesma de seu ambiente para se constituir como sistema: não existe sistema sem ambiente e vice-versa.

À medida que um sistema se diferencia de seu ambiente e se forma como sistema, ele produz suas fronteiras. A existência de fronteiras é uma garantia de que o sistema não se misturará ou se fundirá com o ambiente, o que inclui os outros sistemas. Assim, a presença de uma fronteira (que, no caso dos sistemas sociais, não é de ordem física) garantirá, por exemplo, que o sistema político continue a ser sistema político e que ele não se confunda com, digamos, o sistema do direito, com o sistema das mídias de massa, com o sistema da ciência, etc.

Os sistemas sociais podem ser de três tipos: sistemas de função, de organização ou de interações. As *interações* podem acontecer no exterior dos de função (MOELLER, 2006, p. 30). Por exemplo, “uma conversa casual no elevador que começa e termina com a presença física” (Idem, Ibidem). Os sistemas político, jurídico, científico, etc. são de *função*, ou seja, há uma função atribuída a cada um deles que, ao lado dos códigos, servirá como filtro à seleção das comunicações integrantes do sistema. Os códigos são sempre binários e estruturados a partir de uma oposição. Essa seleção das comunicações é o que dará origem à membrana comunicacional do sistema (Idem, p. 24), ou seja, à sua fronteira.

2 Adapte aqui um exemplo proposto por Moeller (2000, pp. 5-7).

No caso do sistema do direito, aqui em questão, ele opera a partir do código legal/ilegal. Isso quer dizer que é a partir dessa distinção que o sistema selecionará as comunicações como jurídicas. Evidentemente, a distinção não indica o que é legal ou não: para essa finalidade, os sistemas desenvolvem *programas*, que justamente oferecerão o conteúdo aos códigos. No caso do sistema jurídico, os programas tomam a forma de leis, constituições, normas, princípios. Assim, para dar substância ao código, ou seja, para saber exatamente o que pode ser observado como legal ou ilegal em um momento determinado, é preciso consultar os programas.

Ao lado dos códigos e dos programas, as funções também ajudam a estabelecer ou a definir as fronteiras dos sistemas. A função do sistema do direito é, para retomar mais uma vez as palavras de Moeller (Idem, p. 29), “a eliminação da contingência das expectativas normativas”, isto é, a estabilização destas. As funções dos sistemas, juntamente com os códigos, ajudarão a identificar as comunicações que pertencem a cada sistema e a melhor visualizar os conjuntos de cada um.

Quanto ao sistema político, seu código binário é *governo x oposição* ou *governante x governados*. Sua função social é de *tornar possíveis as decisões coletivamente vinculantes*. Em outras palavras, o sistema político deve apresentar as condições necessárias para a tomada de decisões por sua vez suficientemente influentes para reestruturar as expectativas daqueles afetados por elas assim como para tornarem-se referência para os comportamentos futuros (LUHMANN, 1982[1971], p. 145). E quanto aos programas do sistema político, eles podem ser encontrados nos estatutos dos partidos políticos, assim como nas ideologias e nas posições políticas, nas tomadas de decisão política, etc.

Todas essas características participam da diferenciação dos sistemas de seus ambientes, de maneira a poder garantir seu fechamento operacional e assim sua identidade como sistema diferenciado. Do ponto de vista da pesquisa empírica, elas podem ser muito úteis para ajudar o pesquisador a identificar o pertencimento das comunicações no que concerne aos sistemas de função e, nesse trabalho específico, para identificar e diferenciar as comunicações políticas e jurídicas.

## A teoria da racionalidade penal moderna

Minha pesquisa parte da observação de que o sistema político, no momento de produzir leis em matéria criminal, reproduz ou *atualiza*<sup>3</sup> um sistema de pensamento a respeito das penas, sistema que Álvaro Pires (1998; 2001; 2004) chama de *racionalidade penal moderna*. Ele surge a partir da segunda metade do século XVIII e se desenvolve em torno das teorias modernas da pena (teorias da dissuasão, da retribuição, da denunciação e da reabilitação). Estas, que podemos chamar de “teorias práticas” (DURKHEIM, 1966[1922]), são usadas pelos diversos sistemas sociais como “teorias de decisão”, ou seja, como aquelas que auxiliam e justificam movimentos decisórios. Um dos grandes problemas apontados por Pires (2008b) é que aquelas teorias selecionaram uma maneira muito particular, que data por sua vez do século XI, de representar a pena criminal: diante do *mal* cometido (crime) a resposta do Estado deve ser necessariamente um *mal* (pena), na mesma proporção que aquele causado. Para tanto, a pena deve garantir a aplicação de uma “taxa mínima” de sofrimento ao acusado.

A racionalidade penal moderna foi identificada por Pires (1998; 2004) como o sistema de pensamento “dominante” no mundo ocidental quando o assunto é a pena criminal. Isso não significa a inexistência de outros pensamentos ou outras ideias a respeito do mesmo tema, mas sim que há um sistema específico selecionado pelos sistemas sociais (sistemas político e do direito) a desempenhar o papel de “conhecimento normal” ou “oficial” sobre a pena.

A partir da segunda metade do século XVIII, observa-se que o direito criminal começa a se autodescrever como “moderno” e como um sistema do direito “autônomo”, em oposição aos outros subsistemas, particularmente o direito civil (PIRES, 1998). É na construção dessa representação de autonomia que as teorias da pena passam a desempenhar um papel decisivo. Apesar de suas diferenças aparentes, elas formarão um sistema de ideias sobre a punição capaz de produzir um “ponto de vista” decisivo na construção de um direito penal moderno e de seu discurso identitário. É a partir desse “ponto de vista” que o sistema de direito criminal pode identificar suas fronteiras, o que o caracteriza e, sobretudo, que o diferencia dos outros subsistemas do direito. Com esse

3 O verbo “atualizar” será utilizado neste trabalho no mesmo sentido de *to actualize* (inglês) ou *actualiser* (francês), ou seja, “tornar real”.

novo discurso de identidade, o sistema representará a pena de prisão ou a pena aflictiva como as “verdadeiras sanções” do direito criminal e, por outro lado, transmitirá a ideia de que a “reparação” ou o “perdão” não fazem parte desse universo.

Pires (2001) ressalva que esse sistema de ideias não é o produto ou a consequência automática ou natural do processo de diferenciação do direito criminal no interior do sistema do direito, mas sim uma formação paralela no plano das ideias que se formou mais ou menos ao mesmo tempo e que será selecionada pelo direito criminal em vias de formação. A teoria da racionalidade penal moderna descreve, em resumo, um sistema de ideias selecionado pelo direito criminal para: 1) construir seu discurso identitário; 2) fundar o “direito de punir”; 3) justificar suas decisões em matéria de pena; e 4) apresentar e projetar uma imagem do transgressor da lei. Como eu dizia, um outro grupo de ideias poderia perfeitamente ter sido atualizado, mas empiricamente se verifica que foram essas, e não outras, as ideias estabilizadas pelo sistema.

O termo “moderna” no conceito aqui em questão é utilizado simplesmente para identificar a forma específica que esse sistema de ideias adquire a partir da segunda metade do século XVIII (PIRES, 1998; 2003; 2004). Essa racionalidade se distingue, portanto, de uma parte, da maneira “pré-moderna” de pensar e, de outra parte, das ideias inovadoras situadas *fora* desse sistema à partir do século XVIII até o presente. O termo “moderna” indica, ao mesmo tempo, que o ponto de referência para a formação desse sistema são os séculos XVIII e XIX (início) e que esse mesmo sistema não perde automaticamente seu lugar dominante quando entramos na chamada “segunda modernidade” (BECK, 1992[1986]; LASH, 1994).

A estrutura de base desse sistema de ideias é constituída pelas três grandes teorias da pena em suas versões modernas: a teoria da retribuição, a teoria da dissuasão e a teoria da reabilitação em prisão. Grosso modo, essas teorias estabelecem como objetivos: 1) fazer o condenado sofrer o mal em proporção igual ao mal cometido (retributivismo); 2) fazer o condenado sofrer um mal proporcional para dissuadir (ele mesmo e aos outros de cometerem crimes no futuro) (dissuasão); e 3) colocar o condenado na prisão para reabilitá-lo (reabilitação na prisão) (PIRES, 1988).

Essa estrutura de base se alarga, se complexifica e cede lugar ao nascimento de outras teorias (como a da denúncia, cujo enunciado central é o de fazer o condenado sofrer um mal para exprimir uma reprovação moral do comportamento), que, no entanto, não escapam do mesmo sistema de ideias. Essa maneira de observar – segundo a qual as teorias modernas da pena formam um sistema de ideias – vai de encontro a uma outra maneira, mais usual, de enxergar as teorias da pena. De fato, os textos na área do direito penal normalmente apresentam as teorias como “em conflito”, ou em “competição”. Pires (1998), no entanto, adota como ponto de partida que, para além das controvérsias – reais – opondo as teorias, elas partilham “secretamente” certos pressupostos comuns e conseguem escamotear os limites do debate, de maneira a fazer perder de vista o que todas as teorias deixam de lado ou no que todas as teorias se apoiam. Essa observação supõe haver elementos comuns a servirem de indicadores empíricos da formação de um sistema único de ideias que os inclui (PIRES e ACOSTA, 1994).

Desse modo, para observar o “aspecto teórico fundamental do debate sobre a pena”, Pires (1998) lembra que mais vale nos concentrarmos nas relações não problematizadas estabelecidas entre elas por essas teorias do que sobre as oposições ou diferenças por elas mesmas indicadas. Uma maneira de se concentrar nesses elementos comuns é utilizar a distinção *inclusão x exclusão social* para observar as teorias. Essa distinção será empregada no lugar da clássica oposição *retributivismo x utilitarismo* proposta pela filosofia e pelo direito criminal (PIRES e ACOSTA, 1994). O problema dessa forma de dividir as teorias é que ela não nos permite enxergar nem descrever a formação de um sistema de ideias, já que enfatiza as oposições filosóficas (internas), em vez das convergências encontradas nas comunicações que se referem às penas.

Com essa nova distinção (*inclusão x exclusão*), o observador pode ver que todas as teorias da pena a compoem esse sistema de ideias se situam, em um primeiro plano, na face da *exclusão social*. Mesmo a teoria da reabilitação, a única a levar em conta a inclusão social dos transgressores, se situa, em um primeiro plano, no lado da exclusão: primeiramente é preciso prender para tratar, excluir para incluir. Para essa teoria, a reabilitação é uma tarefa *da prisão*. Esse tipo de observação teórica é interessante para pensar em meus dados

empíricos. Nas entrevistas, os militantes de DH reivindicam tratamentos mais “humanos”<sup>4</sup> na prisão e, ao mesmo tempo, exigirão longas penas de privação de liberdade para determinados crimes, como é o caso da tortura.

### **Atualização da racionalidade penal moderna pelo sistema político**

As pesquisas sobre a racionalidade penal moderna indicaram que as teorias da pena são atualizadas por diversas tramas discursivas e diversos circuitos de comunicação: na religião, na filosofia penal, no governo, no direito criminal, nos movimentos sociais, nas teorias pedagógicas, nos meios de comunicação de massa, na ciência, etc. Pires (2008b) chama atenção para o fato de essas diversas atualizações não serem necessariamente da mesma ordem.

Em certos casos, as teorias da pena são atualizadas para “apoiar” ou para “acompanhar” as comunicações de protesto ou de reivindicação. É o que ocorre nos casos de comunicações dos movimentos sociais ou dos meios de comunicação. Em outros casos, esse sistema de ideias é atualizado para apoiar ou acompanhar (ou reagir a) certas decisões tomadas em algumas organizações (o Parlamento, os tribunais, a administração penitenciária, etc.). Do ponto de vista do sistema do direito, isso significa, entre outras coisas, a insistência pelos tribunais na aplicação das penas de prisão e a marginalização das penas alternativas ou mesmo da pena pecuniária. Uma série de observações empíricas foram feitas nesse sentido (GARCIA, 2009; XAVIER, 2012) e se verificou uma utilização importante das teorias da pena para justificar as sentenças e, especialmente, para justificar a necessidade de aplicação de punições severas ou a não utilização das alternativas.

Do ponto de vista do sistema político, a atualização dessa racionalidade penal só pode ser observada empiricamente no momento de criação de leis em matéria criminal, quando se têm lugar as discussões sobre as penas escolhidas e suas justificações. Podemos dizer, assim, que esse sistema, em algumas de suas operações, atualiza *o mesmo sistema de ideias* que o de direito criminal. Para este último, no entanto, a *racionalidade penal moderna* está integrada nas pró-



prias operações de decisão, assim como na construção de seus autorretratos dominantes. As teorias da pena são tratadas pela doutrina jurídica como “teorias fundadoras” ou “de base” do direito criminal. No que toca ao sistema político, é importante ressaltar que essas teorias não “fundam” ou “estruturam” o sistema. No máximo, podemos dizer que elas funcionam como uma forma de expressão do poder político, uma forma de “vingança do rei” ou “da sociedade” representada pela autoridade política (FOUCAULT, 2001[1975]), que cria uma legislação à qual ela atribui penas particulares se inspirando no sistema de ideias em questão.

É importante ainda lembrar que no plano da reprodução das ideias os sistemas sociais não incorporam simplesmente as informações do exterior, tal como elas chegam: cada sistema conferirá um “tratamento” especial a essas informações antes de incorporá-las em sua dinâmica interna, a partir de seus parâmetros internos, como sua linguagem, seu código, sua finalidade, etc. (LUHMANN, 1995[1984]; 2007[1997]). Desse modo, as teorias da pena serão “tratadas” diferentemente por cada sistema. E isso, mesmo considerando que os enunciados básicos de cada teoria não sejam modificados. Apesar da observação de um sentido comum (“retribuir o mal causado pelo crime”, “dissuadir o cometimento de crimes futuros”, etc.) haverá também uma modificação informativa em razão do processo mesmo de recepção (PIRES, 2014, p. 3). As teorias da pena, para o sistema político, adquirirão um sentido para a *autopoiesis* (LUHMANN, 1995[1984]) desse sistema específico. E o mesmo vale para o sistema de direito criminal. Pode-se assim dizer que o sistema receptor terá um papel ativo e decisivo na forma específica tomada pelo enunciado ou pela teoria transferida.

## O caso da criação da lei contra a tortura

Uma das contradições indicadas pelas observações sobre a racionalidade penal moderna diz respeito à maneira como indivíduos, partidos políticos ou movimentos sociais que se definem como de “esquerda”, “progressistas” ou “humanistas” se situam em relação a esse sistema de ideias. Essas observações indicam que as distinções esquerda x direita ou progressistas x conservadores não fun-

cionam como “divisor de águas” no campo das penas, indicando, de um lado os que atualizam a racionalidade penal moderna, exigindo penas de prisão severas, e, de outro, os que não atualizam essa maneira de pensar e conceber a punição. Em vez disso, é como se esse sistema de ideias “atravessasse” diversas posições políticas, inclusive posições aparentemente opostas. Dito de outra maneira, um movimento social “de esquerda”, por exemplo, pode perfeitamente atualizar uma ou outra teoria (da pena) integrante desse sistema e, com base nela, reivindicar das autoridades o aumento de penas de prisão ou a não diminuição de sua severidade. É esse tipo de problema que pretendo abordar com a análise da criação da lei contra a tortura no Brasil.

Analisar o caso da criação do crime de tortura e de sua pena correspondente anuncia um desafio particular, o de fazer a crítica do uso maciço da pena aflictiva de exclusão social nos casos de um crime considerado especialmente abjeto e repugnante. A primeira coisa que se deve, então, levar em conta é que há muitos tipos de tortura, praticadas contra vítimas diferentes e em situações distintas (pensemos nos casos de violência policial ocorridos nas delegacias e nos casos de maus-tratos de crianças praticados por babás). Não se trata aqui de classificar esses comportamentos a partir de escalas de gravidade, mas somente de indicar suas diferenças.

Ora, por que devemos supor que a pena de prisão de longa duração é a única resposta adequada a todos os casos de tortura que podem ser enquadrados na legislação? A lei nº 9.455/1997 define esse crime de maneira bastante aberta, compreendendo uma grande variedade de comportamentos, praticados tanto por funcionários públicos quanto por particulares. E mesmo diante da persistência dessa prática pela polícia, por que devemos nos abster de fazer a crítica da atualização da racionalidade penal moderna pelo sistema político nesses casos? Excluir da crítica ou da reflexão sobre a pena criminal (ou sobre a maneira de concebê-la) os casos envolvendo crimes considerados extremamente graves significa, de meu ponto de vista, a reprodução “normal” desse mesmo sistema de pensamento dominante, para o qual a prisão é sempre a única solução possível. Ou seja, permaneceríamos presos pela “armadilha cognitiva” representada pela racionalidade penal moderna.

## A distinção conservador x progressista na política e na criação de leis penais

Podemos nos perguntar se a distinção direita x esquerda é hoje uma boa ferramenta para distinguir as ideias, os valores ou os movimentos na política. Com efeito, Bobbio (1996) nos recorda as numerosas críticas feitas a propósito dessa distinção e o desprezo a ela dirigido hoje no meio acadêmico. Muitos intelectuais ressaltaram que ela havia perdido seu valor descritivo devido ao fato – entre outros – de as interpretações dos problemas da sociedade (democrática) atual serem complexas e cheias de nuances demais para serem traduzidas de maneira simplesmente dicotômica.

Para responder a essas críticas, Bobbio diz que mesmo que reconheçamos que o mundo mudou e que a sociedade se tornou cada vez mais complexa, não podemos ignorar que, no cotidiano da política, essa mesma distinção é ainda muito utilizada, afirmação, aliás, confirmada por meus dados. E se ela é mobilizada frequentemente, seja pelos próprios políticos seja para fazer referência às ideias políticas, a questão é, portanto, verificar *de que maneira* ela é utilizada nas comunicações. Os termos dessa distinção podem ser considerados como envelopes *relativamente* vazios nos quais devemos colocar um conteúdo a cada utilização ou a cada vez que a oposição é empregada. Com efeito, direita x esquerda (ou, como será utilizado aqui, conservador x progressista) não representa dois conjuntos de ideias estáticos, mas sobretudo um eixo que pode mudar consideravelmente a cada utilização ou no decurso do tempo. Todavia, é necessário que os termos sejam antitéticos, quer dizer, que se excluam mutuamente. Dito de outra forma, do ponto de vista do uso prático dessas categoriais, nenhum movimento ou ideologia pode ser, ao mesmo tempo, de direita e de esquerda (BOBBIO, 1996, p. 1).

Há também um aspecto que, ainda de acordo com Bobbio, permanecerá sempre na base daquela distinção, ao menos no mundo da política: a questão da igualdade, ou melhor, da atitude de cada lado face ao ideal de igualdade. A direita será, assim, identificada àqueles que privilegiam a desigualdade em detrimento da igualdade, no sentido de aceitar esta última como um aspecto natural que não pode ser erradicado, enquanto a esquerda privilegiaria, sobretudo, a igualdade, no sentido de lutar pela redução da desigualdade, pelo menos em relação a certos temas (Idem, *Ibidem*, p. 60).

No caso do direito penal, o critério “igualdade” não parece ter o mesmo poder para distinguir duas posições significativas. Com efeito, o princípio da igualdade no direito significa, normalmente, que todos os indivíduos são iguais perante a lei, ou seja, que é necessário tratar igualmente os indivíduos quando os mesmos são submetidos à lei. E, no caso da lei penal, isso não seria diferente. Pois no que se refere à punição, o princípio implica a ordem de punir de maneira semelhante casos semelhantes, sem considerar status social, econômico, étnico e outros do réu. Conforme Pires (2014), reforça-se a partir dessa noção uma identidade no direito penal para aquilo que é considerado o “mal”. Dito de outra maneira, a igualdade quanto às penas conduz à ideia de que os acusados devem, igualmente, “pagar o mal com o mal” (pagar o crime com uma pena de sofrimento). A doutrina penal poderia perfeitamente ter selecionado a ideia “pagar o mal com o bem” (por exemplo, pagando o crime com uma pena que promova, de alguma maneira, um bem para o condenado), mas empiricamente observamos não ter sido essa ideia a prevalecer para a descrição das penas. Desse modo, quando pensamos em uma pena igualitária, nos perguntamos se esta faz tanto mal quanto as outras previstas para o mesmo tipo de crime.

Mas ainda que não possamos aplicar completamente o critério de Bobbio sobre a atitude face à igualdade ao caso do direito penal e das penas para distinguir conservadores e progressistas, parece-me haver nele uma distinção implícita no que concerne a uma visão mais ou menos “humanista” da política. E esta posição parece-me pertinente quando se trata da criação de leis criminais.

Para não correr o risco de ontologizar a distinção, são os meus dados empíricos, principalmente as entrevistas, que oferecerão os conteúdos descritivos de cada lado da distinção direita x esquerda. Ou seja, são eles que indicarão o conteúdo semântico de cada lado, quando o tema é a produção de uma lei penal. Assim, para chegar a preencher o “envelope vazio” da distinção, baseei-me exclusivamente no discurso de políticos e militantes, especificamente quando eles explicitam seus posicionamentos sobre a punição criminal. Esse último aspecto é importante de ser salientando, para não se correr o risco de ampliar o sentido da reflexão sobre distinção, proposta nesse texto: aqui ela serve somente para identificar *po-*

*sições em relação à punição criminal* e não em relação ao espectro político mais amplo. Evidentemente, quando os atores empregam esses termos para se identificar ou para identificar outros parlamentares ou militantes, eles não necessariamente especificam a quais questões estão se referindo. É no âmbito da análise que essa construção é possível.

A partir dessa distinção (empírica), e com a intenção de refinar a análise, proponho três categorias passíveis de ser qualificadas – no interior daquelas atribuições – como *conservadoras* ou *progressistas*: *perfil*, *motivação* e *solução*.

Quando falo de *perfil* progressista ou conservador, refiro-me à “etiqueta” atribuída aos políticos e/ou aos seus partidos, identificando-os a uma determinada causa ou a uma determinada linha política (“Trata-se de um partido de esquerda.” “Aquele é um político de uma linha mais conservadora”, etc.). O *perfil* pode ser construído a partir de uma “observação externa” ou de uma “auto-observação”. Neste caso, é o próprio político que se identificará como progressista ou conservador (“Eu sou um político de esquerda.” “Eu faço parte do partido mais progressista do Brasil.” “Eu estou no espectro centro-direita da política.”).

As *motivações* dizem respeito às justificações ou às razões levantadas para embasar uma decisão política (“Precisamos defender os direitos humanos.” “É necessário investir mais na segurança pública.”).

Finalmente, as *soluções* tratam das sugestões ou proposições concretas relativas às sanções criminais ou então das formulações a respeito do tema (“As penas de prisão dissuadem mais que as outras.” “Nesse caso, a pena de prisão é necessária.”). São os “caminhos” escolhidos para enfrentar determinado problema.

Essas categorias me ajudaram a ver que a maneira pela qual políticos e militantes empregam a distinção aqui em questão em suas práticas discursivas introduz um “ponto cego” que os impede de observar de maneira crítica suas próprias escolhas em matéria de pena. Muito frequentemente um político autorrepresentado como “progressista” defende ideias representadas como “conservadoras” quando o tema é a punição, como o endurecimento de penas de prisão. É justamente esse problema que pretendo discutir neste trabalho.

Antes, porém, farei duas observações, uma de ordem lexical e outra de ordem metodológica. A primeira concerne ao fato de nas entrevistas e nos debates parlamentares muitos termos serem utilizados para fazer referência a uma oposição de valores ou de ideias: direita x esquerda, conservador x progressista, autoritário x democrático, reacionário x não reacionário, etc. Como a distinção conservador x progressista é aquela que aparece com mais frequência em meus dados, será ela a adotada aqui.

A segunda observação é que a maior parte de meus entrevistados se definiram como “progressistas” ou identificados à “esquerda”. Com efeito, são ouvidos na pesquisa majoritariamente políticos pertencentes a partidos brasileiros associados à esquerda (como o Partido dos Trabalhadores) ou militantes dos direitos humanos trabalhando em organizações que, entre outras questões, se ocupam da luta contra a prática da tortura. Dessa forma, devemos assumir que a oposição conservador x progressista foi construída, para fins desta reflexão, sobretudo pelos progressistas, ou a partir da visão deles. Como tenho menos dados sobre os políticos que se definem como “conservadores”, ou mesmo que integram os partidos políticos associados à direita, seria precipitado dizer se esta maneira de descrever a oposição conservador x progressista é efetivamente comum aos dois grupos. Ainda assim, a partir dos dados que colhi, pude perceber, da parte dos conservadores, uma ressonância importante com a maneira em que os progressistas distinguem os dois lados (mais uma vez, aqui estritamente em matéria penal).

No que se refere à distinção propriamente dita, os progressistas se diferenciam dos conservadores se colocando do lado “positivo” da distinção, ou seja, do lado que se posiciona criticamente diante de um direito penal repressivo (TULKENS e VAN DE KERCHOVE, 2005<sup>5</sup>). De acordo com o que dizem as entrevistas, os progressistas se caracterizarão de diversas maneiras: 1) como aqueles que conferem mais importância à prevenção social do crime do que à repressão (punição); 2) como aqueles contrários ao endurecimento das penas em resposta ao problema criminal (o que não quer dizer que eles sejam necessariamente favoráveis à *redução* das penas); 3) como aqueles que valorizam o recurso às penas alternativas para certos crimes e em certas condições; 4) como aqueles que valorizam a ideia de reabilitação do condenado e a melhoria das condições de vida na prisão.

5 Citado em De Hert, Gutwirth, Snacken e Dumortier (2007).

Os conservadores, colaborando para um direito criminal repressivo e “não crítico” (Idem, Ibidem) são representados como aqueles que veem as penas de uma maneira mais reativa ou punitiva, sem preocupação com o ideal de reabilitação ou com as condições carcerárias. A pena de prisão seria assim valorizada pelos conservadores como a única ou a melhor opção para enfrentar o problema da criminalidade. Além disso, as penas alternativas não participariam do “debate sério” sobre as sanções criminais.

[O] setor conservador do Congresso Nacional quer penas duras para aos crimes comuns, quer diminuição da maioridade penal, para 14 ou 16 anos – hoje é de 18, você sabe. Dependendo da conjuntura, um caso grave, que chama a atenção da opinião pública, vem um monte de propostas de projetos de lei, uma ação reativa. Eu acredito que isso não resolve o problema da segurança e da violência. Precisamos ter mais projetos proativos, que trabalham muito mais com a prevenção da violência do que com ações depois da violência ter acontecido. (...) Isso é um olhar muito específico do perfil do (...) Congresso Nacional Brasileiro: ele, na sua maioria, pensa em lei, em projetos de lei relacionados à criminalidade, sempre de forma reativa. Então ele sempre vai pensar em penas mais duras que a sociedade, que o conjunto da sociedade, porque o perfil do Congresso Nacional é que está lá representado os setores mais conservadores. A sociedade civil tende a pensar de forma mais proativa do que reativa. (militante de direitos humanos, progressista)

Nessa passagem, por exemplo, vemos um sentido atribuído à distinção conservador x progressista: *valorização da resposta penal x valorização de respostas alternativas ao penal*. Para esse militante, os conservadores são definidos como aqueles que valorizam respostas “imediatas” e “reativas” ao problema da criminalidade, como as penas longas de prisão. De outro lado, os progressistas seriam aqueles a valorizarem as respostas “não reativas” ou ainda “proativas”. Se uma resposta não é “reativa”, ela será normalmente de natureza “preventiva”, no sentido de prevenir o ato em vez de reagir após a ocorrência. É bom, entretanto, salientar que o conceito de “prevenção” utilizado aqui não tem nenhuma relação com a ideia de “prevenção penal” ou “dissuasão”. Pelo contrário, parece-me que nessa comunicação o militante desejava enfatizar as medidas de natureza social, como a educação, a distribuição de renda e de oportunidades, etc.

De maneira geral, podemos dizer que, no interior desse debate, há um critério relativamente claro para distinguir os dois lados da oposição, baseado na tomada de posição sobre as sanções criminais: os conservadores seriam, de acordo com as descrições dos atores, mais punitivos, quer dizer, mais favoráveis à imposição de penas mais severas, enquanto os progressistas seriam menos punitivos, isto é, favoráveis à imposição de penas menos severas de prisão e à utilização de penas alternativas. Ao menos no plano do discurso, as duas posições demonstram visões ou mesmo ideologias muito diferentes em relação às sanções criminais.

**Tabela 1. Construção da distinção a partir da posição em relação às penas de crimes ‘comuns’**

PERFIL POLÍTICO	TIPOS DE PENAS
Conservadores	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Penas graves de prisão</li> <li>- Desvalorização das garantias jurídicas dos detentos</li> </ul>
Progressistas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Penas menos graves de prisão</li> <li>- Penas alternativas (em certos casos)</li> <li>- Valorização das garantias jurídicas dos detentos</li> </ul>

## Quando a tortura entra em cena

Mas à medida que avançava na realização das entrevistas, eu tinha a impressão de que algo acontecia com as fronteiras da distinção. Essa impressão finalmente tomou a seguinte forma: quando entrávamos no tema dos crimes de tortura, o discurso dos dois lados (conservadores e progressistas) em relação às penas mudava radicalmente. Literalmente, giramos 180 graus.

Quando se trata do crime de tortura, os conservadores são representados como aqueles que não apoiam a criação de uma lei que criminalize essa prática e que defendem uma redução das penas, caso ela seja aprovada. A justificativa é que eles estariam preocupados com seus efeitos sobre a atividade policial, ou seja, se ela em última instância atravancaria a ação da polícia para “combater o crime”. Nesse sentido, os conservadores também são identificados entre os que encorajam a polícia a utilizar todos os meios disponíveis para combater a criminalidade crescente no país. Essa lei, é preciso ter em mente, visava alcançar sobretudo a tortura praticada pela polícia no curso dos trabalhos de investigação, assim como nas prisões.



Em consequência, esse grupo defende uma lei contra a tortura menos severa possível e a imposição de penas o menos pesadas possível. Eles não rejeitam a pena de prisão, caso a lei seja aprovada, mas defendem um abrandamento do tempo de encarceramento. No final das contas, pronunciando-se em favor de uma lei menos severa, os conservadores criariam defender os interesses da sociedade (contra o crime):

Essa *lei* com toda a certeza foi originária de algum *parlamentar de esquerda*; esse projeto, com toda certeza. E eles têm uma *linha de defender o bandido*, entendeu? A própria Constituinte de [19]88 foi nesse sentido. Porque tudo o que eles faziam no passado, esse pessoal da esquerda, sequestros, assaltos, roubos – principalmente sequestro, né? –, quando eles eram descobertos e flagrados, presos pelos militares, a primeira coisa que eles alegavam é que eles estavam sendo torturados. E criou essa máxima no Brasil. E hoje em dia vigora isso: você pega um vagabundo qualquer na rua; quando vai a julgamento é lido ali o primeiro depoimento dele e o que ele alega? “Não, esse depoimento foi sob tortura.” Então, a legislação visou é (...) punir o agente de segurança pública, é acusar de tortura. (deputado federal, conservador)

[E]sse Congresso tem uma *maioria mais conservadora, quer pena mais leve para a tortura*. Por quê? Porque está sempre vinculando isso com agente do Estado: “Ah, mais agora a polícia vai ficar de mãos atadas, não pode fazer mais nada!” E aí, a *sociedade civil*, que foi vítima, alguns setores foram vítimas de quando a tortura era ilegal, mas permitida, né, principalmente nos períodos de exceção... Estes [setores] querem uma *punição mais dura para os torturadores*. Então, eu acho que isso vai sempre ser uma visão diferenciada. (...) Então, o *setor conservador do Congresso Nacional quer penas duras para aos crimes comuns* (...). Esse setor, possivelmente, *eles são contrários a ter uma pena mais dura para a tortura*. Por quê? Porque ela coloca de imediato, como referência, agentes do Estado. E muitos desses setores acham que não é tão ruim os agentes do Estado serem mais duros com os cidadãos. (militante de direitos humanos, progressista)

Os progressistas, por sua vez, seriam aqueles que apoiam fortemente a aprovação da lei contra a tortura. Eles achariam, em geral, que ela representa um passo muito importante para o reconhecimento e proteção dos direitos humanos. Esse grupo

considera que a ação da polícia deve ser claramente limitada e que, salvo nos casos estritamente necessários, a polícia não tem o direito de utilizar meios de força para chegar a seus objetivos. Entre todos os crimes definidos como “contra a humanidade”, a tortura é vista por eles como uma das violências mais chocantes e inaceitáveis. Como qualquer lei criminal, a 9.455 é também percebida como um instrumento para inibir os que praticam o crime referido e, assim, diminuir sua ocorrência. Nesse caso, prevenir a tortura, essencialmente por parte dos policiais. Quanto às penas, para atender ao objetivo de bem denunciar a rejeição desse comportamento pela sociedade e dissuadir sua prática, elas devem, segundo a interpretação, ser suficientemente severas. Seria preciso necessariamente prever as penas de prisão. Parece impossível a uma pessoa (político ou militante) que se diz de esquerda defender uma pena de prisão que não seja extremamente pesada para a tortura – uma das demandas frequentes dos que se identificam com esse polo ideológico, surgido nas entrevistas, foi de aumentar a pena do crime de tortura com resultado de morte até o limite constitucional de 30 anos de prisão.

Como vemos, então, em matéria de posição sobre as penas o quadro é completamente invertido no que diz respeito ao perfil inicial dos polos: os conservadores são agora a favor das penas de prisão menos graves e os progressistas pelas penas severas.

**Tabela 2. Construção da distinção a partir da posição em relação às penas de crimes ‘comuns’ do crime de tortura**

Perfil político	CRIMES	
	Crimes “comuns”	Tortura
Conservadores	Penas graves de prisão	Penas menos graves de prisão
Progressistas	- Penas menos graves - Penas alternativas (em certos casos)	- Penas graves de prisão - Rejeição de penas alternativas

Na passagem seguinte, um militante confirma essa percepção de “dupla” estratégia, ou de um discurso de “duas faces” sustentado pelos progressistas: se de um lado eles defendem o aumento do uso das penas alternativas, a mediação de conflitos, a adoção de medidas preventivas; por outro, quando se trata de certos crimes, o discurso muda completamente e a única solução considerada adequada é a pena de prisão de longa duração:

Apesar de você ter no movimento nacional de direitos humanos todo um discurso favorável a penas alternativas, favorável à solução, à mediação de conflitos fora do Poder Judiciário – quer dizer, tem toda uma vertente disso –, para determinados tipos de crimes, as graves violações dos direitos humanos, vamos assim dizer, ou aqueles que são consideradas mais graves, o tratamento é tipificar, penalizar e tal. (militante de DH, progressista)

Nesse trecho da entrevista, vemos que o militante observa *soluções* progressistas, no discurso dos militantes de direitos humanos (*perfis* progressistas) como a valorização das penas alternativas e das mediações de conflitos fora do Poder Judiciário. Isso significa que *soluções* progressistas coexistem com *soluções* conservadoras no tocante às penas (exigência de penas duras de prisão).

As passagens mencionadas indicam que nos discursos considerados progressistas há uma “variação” no que concerne às *soluções*: elas podem ser tanto progressistas quanto conservadoras. Estamos assim diante de casos do que chamei de *situações de paradoxo* ou *situações paradoxais*, aquelas em que há um “desencontro” quanto à posição política – conservadora ou progressista – ou seja, em que uma das três categorias não é coerente com as demais (*perfis progressistas* combinados com motivações ou soluções *conservadoras*, *perfis* e motivações *conservadoras* combinados com soluções *progressistas*, etc.).

No caso em questão, o perfil e a motivação são coerentes entre si (progressistas), mas quando se passa às soluções, a coerência desaparece: os progressistas terminam por defender uma solução considerada (por eles mesmos) em geral como conservadora. Da mesma maneira, se retomarmos a percepção da posição dos conservadores em relação à punição do crime de tortura, estaremos diante de outra situação de paradoxo. Se para os crimes comuns, os conservadores se encaixam em uma *situação de coerência* total – perfil *conservador*; motivação *conservadora*; solução *conservadora* –, quando se trata do crime de tortura, ingressamos em uma situação paradoxal: perfil e motivação *conservadores* e solução *progressista* (considerando que a demanda por menos prisão é vista como uma posição progressista no tocante às penas).

Nas entrevistas, quando me via, do ponto de vista do discurso, diante dessas duas situações, eu procurava indicar aos entrevistados haver uma aparente disparidade no discurso: os militantes de direitos humanos e os políticos que se dizem sensíveis à ideais de esquerda, como a promoção da dignidade humana, estavam defendendo penas de prisão mais duras e mais radicais que políticos de direita, que, por sua vez, estão habitualmente mais preocupados com questões ligadas à segurança pública dos “bons cidadãos” da classe média.

Esse problema da inconsistência política no caso da punição do crime de tortura já havia sido tratado anteriormente por Cohen (1993, p. 100):

No contexto de um objeto de crucial importância – o que ocorre com criminosos que agem em nome do Estado, como os torturadores, depois da democratização ou de uma mudança de regime –, a distinção se desfaz completamente. Aqui, são os “radicais” quem pedem punição e justiça retributiva, enquanto os “conservadores” evocam ideais como a reconciliação para pedir a impunidade.

Diante dessa peculiaridade que nos apresenta o caso do crime de tortura, inclusive no que toca à gravidade do problema, eu procurava relançar aos entrevistados o paradoxo observado do seguinte modo: “Mas você não acabou de me dizer que é contra a prisão e a favor da promoção dos direitos humanos? Como é possível um defensor dos direitos fundamentais justificar o pedido de endurecimento de uma pena afliativa e de exclusão social?”

A resposta para essas questões foi que a tortura é um caso “diferente” e, por essa razão, não se utiliza o mesmo discurso “não repressivo” que se sustenta (ou ao menos que se pensa sustentar) para os casos “normais”, dos crimes “ordinários”, não violadores dos direitos humanos:

A Comissão de Direitos Humanos da Câmara e outras comissões, elas buscam penas mais moderadas e procuram incentivar a aplicação das penas (...) alternativas. Agora, no caso da tortura, é diferente. Porque essas pessoas que compõem essas comissões têm uma vivência muito clara ou tiveram uma vivência muito clara ou pessoal, ou por intermédio de informações próximas do que representou a tortura numa determinada fase da vida brasileira. (deputado federal, progressista)

Só quando é tortura [as entidades de DH pedem penas altas]. (...) Nenhuma ONG de direitos humanos defende o endurecimento de penas para a criminalidade comum. (...) Na verdade, essa é uma bandeira mais do setor de conservadores do que das entidades de direitos humanos. E acho que tem que ser assim mesmo. Não cabe, é ruim, não é plataforma dos direitos humanos defender o endurecimento de penas. (militante de direitos humanos, ponto de vista progressista)

A excepcionalidade do caso da tortura surge como forma para justificar a congruência daquela posição nos progressistas: a etiqueta “crime contra a humanidade” que acompanha o crime de tortura legítima, aos seus olhos, a reivindicação de punições duras, necessariamente por meio da prisão. Dito de outra maneira, a combinação motivação progressista/solução conservadora não gera nenhum tipo de incômodo nos progressistas, a despeito do reconhecimento explícito dos limites e dos problemas gerados por uma pena como a de prisão.

Se a pergunta é se ele vai preso ou se ele não vai preso, claro que ele vai preso, porque não tem nenhuma ideia melhor para propor, mas isso certamente é importante, porque cria limite de poder contra o torturador. Mas não me satisfaz, eu não acho que vai mudar. (militante de direitos humanos, perspectiva progressista)

Ou seja, a combinação defesa dos direitos humanos (motivação) + penas duras de prisão (solução) não é percebida por eles como um paradoxo. Nas palavras de Pires e Garcia (2007, p. 293), “o ator parece tão preso às ideias que comunica, que não consegue ver nenhum paradoxo na comunicação que ativa”. E de fato, a maioria dos progressistas não é capaz de enxergar como dissonante um elemento no interior de um discurso que se pretende inteiramente progressista. Não há uma consciência do abandono de um tipo de discurso no âmbito da *solução*, adotado para os crimes “ordinários” (compreendendo a valorização do uso das penas alternativas, a limitação do uso da prisão, etc.), quando se passa para os “crimes contra os direitos humanos”. Pois como explicar essa discordância com a afirmação de que o que está em jogo é a inserção de um elemento conservador na formação do discurso político sobre as penas? Por que os progressistas não reconhecem que na passagem da *motivação* para a *solução* há uma inflexão do ponto de vista das posições políticas?

Max Weber (1959[1919], p. 147) entende por “fatos inconvenientes” aqueles que podem se revelar desconfortáveis para o observador que se dá conta de que o ponto de vista que ele considera justo o leva a agir (ou a decidir) contra seus próprios valores. De acordo com Pires (2008a), uma das teses que parecem estar subjacentes a essa noção weberiana é que tais fatos, apesar de fenomenologicamente bastante visíveis, não seriam necessariamente fáceis de ver por aqueles que assumem posições na prática (como tomar decisões quanto a leis) em relação às quais o fato pode ser desconfortável. Eles se tornam então “pontos cegos” (VON FOERSTER, 1981, p. 47), ou seja, espaços em que não vemos que não vemos. Assim, aquele que quer erradicar a violência reivindicando longas penas de encarceramento (opondo-se às alternativas a ele) pode ter dificuldade de enxergar o “remédio” reivindicado como um “fato inconveniente”. Nas situações de paradoxo surgidas na pesquisa, os simpatizantes dos DH não parecem se dar conta do inconveniente surgido entre o problema levantado (proteger a dignidade) e o remédio proposto.

## Conclusão

Finalmente, parece-me que a distinção direita x esquerda ou conservador x progressista não é apropriada para exprimir um posicionamento sobre as penas, nos termos dos próprios políticos progressistas que entrevistei (conservadores, penas severas; progressistas, penas leves).

Do lado dos conservadores, a mudança do discurso implica uma justificativa mais “prática” – e, ao meu ver, menos contraditória –, uma vez que fica implícito que estes partidários utilizam sempre a mesma regra: a busca pela eficácia da ação policial para combater a criminalidade. Essa eficácia pode se apoiar em diversos elementos, como a tortura nas investigações, as penas severas para dissuadir potenciais delinquentes, etc.

Do lado dos progressistas, acredito que a questão é mais complexa, uma vez que se trata de um problema de fundo: para crimes “comuns”, há um discurso menos punitivo sobre as sanções criminais e para os crimes “contra a humanidade”, há um outro, completamente oposto, no qual o propósito de tornar o direito penal mais “humano” é completamente descartado. Todavia, a etiqueta de “progressista” não é em nenhum caso colocada em questão.

As categorias *perfil*, *motivação* e *solução* ajudam a precisar o emprego da distinção *conservador x progressista*. Cruzando as três dimensões, pude observar que os progressistas apresentam um maior apego, do ponto de vista da posição política (como conservadora ou progressista), à *motivação* do que à *solução*. Dito de outro modo, se a *motivação* é considerada progressista, um político de esquerda ou um militante de direitos humanos não parece ver que ele defende uma *solução* (envolvendo a pena) conservadora e que isso é contraditório com seu *perfil* político global (progressista). O mesmo vale para o político conservador que defende *soluções* progressistas.

Nas situações de paradoxo apresentadas neste trabalho podemos observar que o elemento dissonante é sempre a *solução*, enquanto a *motivação* e o *perfil* permanecem coerentes entre si. Minha hipótese interpretativa é que a *solução*, quando envolve a punição criminal, aparece como um “elétron livre”, algo despereado das outras categorias, não merecendo uma análise crítica isolada. Para manter a identidade política (conservadora ou progressista) intacta, o que importa é a *motivação*, as razões apresentadas na discussão de um determinado problema, e não os remédios buscados.

E qual o grande problema desse “vazio” de crítica do ponto de vista dos sistemas sociais (sistemas político e do direito)? A meu ver, ele reside no fato de os políticos progressistas, assim como os defensores de direitos humanos, perderem a oportunidade de se interrogar sobre as soluções por eles propostas, sem medo de que a própria formulação da crítica seja interpretada como desprezo ao problema em si. E do ponto de vista puramente cognitivo, no âmbito do pensamento moderno sobre as penas, o grande nó está em reforçar a reprodução daquela mesma racionalidade penal punitiva, que data de mais de dois séculos, fundada em uma ideia de pena afliativa e excludente.

## Referências

- BOBBIO, Norberto. (1996), *Left and Right: The Significance of a Political Distinction*. Chicago, The University of Chicago Press.
- BECK, Ulrich. (1992[1986]), *Risk Society: Towards a New Modernity*. Londres, Sage.
- COHEN, Stanley. (1993), "Human Rights and Crimes of the State: The Culture of Denial". *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 26, nº 2, pp. 97-115.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena [e] BARALDI, Claudio. (1996), *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Mexico, Iteso/Anthropos.
- DE HERT, Paul; GURTWIRTH, Serge; SNACKEN Sonja [e] DUMORTIER, Els. (2007), "La montée de l'État pénal: Que peuvent les droits de l'homme?". Em: CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel [e] VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (orgs). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelas, Publications des Faculté Universitaires Saint-Louis, pp. 235-290.
- DURKHEIM, Émile. (1966[1922]), *Éducation et sociologie*. Paris, PUF.
- FOUCAULT, Michel. (2001[1975]), *Surveiller et punir*. Paris, Gallimard.
- GARCIA, Margarida. (2009), *Innovation et obstacles à l'innovation: La réception des droits de la personne par le système de droit criminel moderne*. Tese (doutorado), Université de Québec em Montreal.
- LASH, Scott. (1994), "Expert-Systems ou Situated Interpretation? Culture and Institutions in Disorganized Capitalism". Em: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony [e] LASH, Scott. *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*. Londres, Polity, pp. 198-215.
- LUHMANN, Niklas. (1982[1971]), "Politics as a Social System". Em: *The Differentiation of Society*. Nova York, Columbia University Press, pp. 138-165.



- \_\_\_\_\_. (1995[1984]), *Social System*. Stanford (EUA), Stanford University Press.
- \_\_\_\_\_. (1996), *The Reality of Mass Media*, Stanford (EUA), Stanford University Press.
- \_\_\_\_\_. (2007[1997]), *La sociedad de la sociedad*. Mexico, Herder.
- MATURANA, Humberto [e] VARELA, Francisco J. (2005[1984]), *A árvore do conhecimento: As bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo, Palas Athena.
- MOELLER, Hans-George. (2006), *Luhmann Explained: From Souls to Systems*. Chicago, Open Court.
- NISBET, Robert. (1986). *Conservatism: Dream and Reality*. Minneapolis (EUA), University of Minnesota Press.
- PIRES, Álvaro P. (1998), “Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne”. Em: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; LABADIE, Jean-Michel [e] PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Vol. 2: *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Ottawa, De Boeck Université, pp. 3-51.
- \_\_\_\_\_. (2001), “La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l’opinion publique”. *Sociologie et Sociétés*, Vol. 23, nº 1, pp. 179-204.
- \_\_\_\_\_. (2002), “Codifications et réformes pénales”. Em: MUCCHIELLI, Laurent [e] ROBERT, Philippe (orgs). *Crime et sécurité: L’état des savoirs*. Paris, La Découverte, pp. 84-92.
- \_\_\_\_\_. (2003), “La Ligne Maginot en droit criminel: La protection contre le crime versus la protection contre le prince”. Em: DE GIORGI, Raffaella (org). *Il diritto e la differenza: Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Vol. 1. Lecce (Itália), Pensa MultiMedia, pp. 509-534.
- \_\_\_\_\_. (2004). “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos”. *Novos Estudos Cebrap*, nº 68, pp. 39-60.

- \_\_\_\_\_. (2008a), “Un ‘fait inconfortable’: Les relations paradoxales entre droits de la personne et punition dans l’activité législative”. Texto de trabalho, cadeira de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale, Université d’Ottawa.
- \_\_\_\_\_. (2008b), “Résumé du cours CRM 6.760 (Philosophie pénale)”. Texto não publicado, Département de Criminologie, Université d’Ottawa.
- \_\_\_\_\_. (2014), “Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs: Le cas du droit criminel”. Em GIN, Pascal; GOYER, Nicolas [e] MOSER, Walter (orgs). *Transfert: Exploration d’un champ conceptuel*. Ottawa, Presses de l’Université d’Ottawa, pp. 139-182.
- \_\_\_\_\_ [e] ACOSTA, Fernando. (1994), “Les mouches et la bouteille à mouches: Utilitarisme et rétributivisme devant la question pénale”. *Carrefour: Revue de Réflexion Interdisciplinaire*, Vol. 16, n° 2, pp. 8-39.
- \_\_\_\_\_ [e] CELLARD, Andre [e] PELLETIER, Gérald. (2001) *L’énigme des demandes de modifications législatives au code criminel canadien*. Em: FRAILE, Pedro (org). *Régulation et gouvernance: Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada, une perspective historique*. Barcelona, Publicacions Universitat de Barcelona, pp. 195-217.
- \_\_\_\_\_ [e] GARCIA, Margarida. (2007), “Les relations entre les systèmes d’idées: Droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort”. Em: CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel [e] VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (orgs). *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles, Publications des Faculté Universitaires Saint-Louis, pp. 291-336.
- POSSAS, Mariana Thorstensen. (2009), *Système d’idées et création de lois criminelles: Le cas de la loi contre la torture au Brésil*. Tese (doutorado), Université d’Ottawa.
- STICHWEH, Rudolf. (2000), “Systems Theory as an Alternative to Action Theory? The Rise of ‘Communication’ as a Theoretical Option”. *Acta Sociologica*, Vol. 43, n° 1, pp. 5-13.

- TULKENS, Françoise [e] VAN DE KERCHOVE, Michel. (2005), “Les droits de l’homme: Bonne ou mauvaise conscience du droit penal”. Em: VERBRUGGEN, Frank; VERSTRAETEN, Raf; VAN DAELE, Dirk [e] SPRIET, Bart (orgs). *Strafrecht als roeping: Liber amicorum Lieven Dupont*. Louvain (Bélgica), Universitaire Pers Leuven, pp. 949-968.
- VON FOERSTER, Hans (1981), “La construction d’une réalité”. Em: WATZLAWICK, Paul (org). *L’invention de la réalité: Contributions au constructivisme*, Paris, Seuil, pp. 45-69.
- XAVIER, José Roberto. (2012), *La réception de l’opinion publique par le système de droit criminel*. Tese (doutorado), Université d’Ottawa.
- WEBER, Max. (1959[1919]). *Le savant et le politique*. Paris, Plon.

**RESUMEN:** El artículo **La producción de las leyes penales y racionalidad penal moderna: Un análisis de la distinción ‘conservador’ x ‘progresista’ en el caso de la creación de la ley contra la tortura en Brasil** se ocupa de la relación entre el posicionamiento político-ideológico y el sistema de derecho penal en el proceso de producción de leyes penales. A través del análisis del proceso de elaboración de la ley contra la tortura en Brasil (1997), se observa que distinciones como “conservador” x “progresista”, que se utilizan para calificar las opciones en materia de derecho penal, son variables a la hora de evaluar delitos “comunes” y crímenes “contra la humanidad” como la tortura. De un punto de vista más amplio, lo que se analiza es la reproducción por la práctica política de un sistema de ideas también reproducido por el derecho penal – la racionalidad penal moderna.

**Palabras clave:** racionalidad penal moderna, conservador, progressista, sistema político, teoría de sistemas

**MARIANA THORSTENSEN POSSAS** ([marianapossas@gmail.com](mailto:marianapossas@gmail.com)) é professora do Departamento de Sociologia e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais (PPGCS) da Universidade Federal da Bahia (UFBA, Salvador, Brasil). Fez pós-doutorado no Núcleo de Estudos da Violência (NEV), da Universidade de São Paulo (USP, Brasil) e tem doutorado em criminologia pela Universidade de Ottawa (Canadá). É mestre em direito criminal pela Faculdade de Direito da USP e tem graduação em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, Brasil) e em ciências sociais pela USP.